

CURSO DE DIREITO

Jéssica Maiure Nunes da Rosa

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A FALIBILIDADE DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO TOCANTE AO SEU CARÁTER
RESSOCIALIZADOR**

Santa Cruz do Sul
2016

Jéssica Maiure Nunes da Rosa

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: A FALIBILIDADE DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE NO TOCANTE AO SEU CARÁTER
RESSOCIALIZADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Mestre Caroline Fockink Ritt

Santa Cruz do Sul
2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Jéssica Maiure Nunes da Rosa adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 02 de junho de 2016.

Prof. Mestre Caroline Fockink Ritt

Orientadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me iluminou até hoje e que com certeza continuará me guiando até o término desta longa jornada.

Agradeço aos meus pais José Carlos e Maria Solange, e também à minha avó Marmota que de uma forma carinhosa me passam força diariamente, através de seus gestos e palavras de conforto.

Ao meu irmão Carlos Rafael que apesar da distância está sempre torcendo pelo meu sucesso.

Ao meu amado Toni, pelo amor incondicional, por ser meu companheiro de todas as horas, pela paciência, compreensão e entusiasmo nos momentos difíceis.

Às minhas colegas de curso, Greice e Marcela, pela cumplicidade, companheirismo, aconchego e amizade verdadeira.

À querida professora, mestre e orientadora Caroline Ritt, que me auxiliou de forma incomparável nesta pesquisa. Obrigada pela confiança, pelo carinho e por estar sempre disponível de maneira atenciosa.

Por fim, aos demais professores desta instituição que exercem a docência com amor, o que me possibilita ir além do aprendizado com o conteúdo necessário à minha formação acadêmica.

Enfim, muito obrigada a todas as pessoas que de alguma maneira me apoiaram nesta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como tema “o sistema penitenciário brasileiro e a falibilidade da pena privativa de liberdade no tocante ao seu caráter ressocializador”, tendo como objetivo estudar a verdadeira eficácia da pena privativa de liberdade, frente a atual situação em que se encontram as penitenciárias brasileiras. Assim, pretende-se, à luz da doutrina, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos da situação que envolve essa problemática. Para tanto, utiliza-se o metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que atualmente existem muitas críticas a respeito do sistema de execução da pena privativa de liberdade adotada pelo Brasil, bem como discussões polêmicas em face da precariedade que se encontram as instituições prisionais e as condições subumanas em que sobrevivem os presos, procura-se analisar detalhadamente a evolução histórica da pena de prisão, priorizando demonstrar sua origem e as circunstâncias que influenciaram o seu estabelecimento como principal sanção penal, elencar os modelos de sistemas penitenciários existentes, discorrendo sobre cada um e, fazendo um paralelo com a atualidade, expondo suas características e fazendo um enfoque repreensor acerca dos problemas enfrentados, bem como discorrer sobre as principais propostas e medidas alternativas à pena de prisão que são vistas como importantes instrumentos de desencarceramento. Dessa forma, levando-se em conta a atual realidade das penitenciárias no Brasil, o presente trabalho promove uma visão crítica sobre a pena privativa de liberdade, avaliando a execução e a ineficácia de suas funções essenciais, como a preservação da dignidade do preso e sua reinserção adequada ao convívio social.

Palavras-chave: condenado, pena, prisão, ressocialização, sistema penitenciário.

ABSTRACT

This monographic work has the theme "Brazil's prison system and the fallibility of private penalty of freedom in relation to its resocialization character", in order to study the true effectiveness of private penalty of freedom, against the current situation of the Brazilian prisons. Thus, it is intended, in the light of doctrine, analyze, discuss and present the main aspects of the situation that surrounds this issue. Therefore, it uses the literature search methodology, that consists basically in reading, noting and comparison of theories of the main authors of the law that discuss this problem. Starting from the assumption that there are currently a lot of criticism about the execution system of the private penalty of freedom adopted by Brazil and controversial discussions in view of the precariousness which are the prisons and the subhuman conditions in which prisoners survive, seeks to analyze in detail the historical evolution of imprisonment, prioritizing demonstrate their origin and the circumstances that influenced its establishment as the main penalty, list the types of existing correctional systems and discussing about each, making a parallel with the current type, exposing its characteristics and making a reprove focus on the problems faced, and discuss the main proposals and alternatives to imprisonment that are seen as important extrication tools. Thus, considering the current reality of prisons in Brazil, this study promotes a critical view of the private penalty of freedom, assessing the implementation and the ineffectiveness of its essential functions, such as the preservation of the dignity of the prisoner and his adequate rehabilitation to social life.

Keywords: convict, sentence, imprisonment, social rehabilitation, prison system.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO TEMPO	9
2.1	As penas na Antiguidade	11
2.2	Práticas penais na Idade Média	13
2.3	Idade Moderna e o período humanitário	15
2.4	História da pena de prisão no Brasil	20
3	SISTEMAS PENITENCIÁRIOS	25
3.1	Sistema pensilvânico ou filadélfico	25
3.2	Sistema auburniano	27
3.3	Sistema progressivo	30
3.4	Sistemas prisionais e regimes de execução da pena privativa de liberdade adotados pelo Brasil	33
4	SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	39
4.1	A ineficácia da pena privativa de liberdade frente ao seu caráter ressocializador	42
4.2	A reincidência do egresso como consequência da ineficiência da ressocialização.....	45
4.3	Penas e medidas alternativas à prisão	48
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, eram aplicadas penas desumanas e cruéis àqueles que violavam as normas de convivência em sociedade. No entanto, com o passar do tempo, diante do aumento da criminalidade, houve a necessidade de transformar esse sistema punitivo que já não se mostrava eficiente. Assim, iniciou-se o período humanitário do Direito Penal que visava à reforma do delinquente, a partir da criação de penas mais brandas, dentre elas a pena privativa de liberdade.

O Brasil incorporou o sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, o qual em tese, tem como objetivo principal a ressocialização do condenado. Entretanto, atualmente, existem muitas críticas a respeito desse sistema, bem como discussões polêmicas acerca da sua verdadeira eficiência, pois as instituições prisionais são vistas como verdadeiras máquinas deteriorantes que produzem efeitos destrutivos e, com frequência, irreversíveis e irreparáveis.

O caráter ressocializador da pena privativa de liberdade, altamente difundidos pelas escolas humanistas, não tem se apresentado eficaz, tanto no âmbito da prevenção, com o objetivo de afastar o criminoso da convivência social, advertindo-o a cometer outros crimes, como no âmbito geral, causando coação psicológica na própria sociedade como um todo.

De fato, eliminar os criminosos não tem sido a melhor solução aos problemas da criminalidade que a cada dia aumenta mais e, como prova disso o alto grau de reincidência se mostra como indicador da ineficácia do nosso sistema.

Dessa forma busca-se promover uma visão crítica sobre a pena privativa de liberdade, analisando a atual situação do sistema penitenciário brasileiro e suas principais características, bem como os problemas que contribuem para a ineficácia da pena privativa de liberdade, a qual tem se demonstrado falha e insuficiente para promover os fins que almeja.

A partir desse aspecto, o tema será desenvolvido utilizando-se o método hermenêutico, tendo em vista que pretende através de uma análise histórica desde os primórdios da pena de prisão na Antiguidade, quando a privação de liberdade ainda não era usada como pena propriamente dita, mas como custódia até o surgimento do capitalismo, na Idade Moderna, quando a prisão se transformou na principal sanção penal.

Ademais, será empregado o método de pesquisa descritiva, onde serão elencados os principais sistemas penitenciários. Após a pena de prisão ter se estabelecido como a base do Direito Penal, começaram a surgir os métodos de encarceramento. Nesse desiderato, originaram-se os primeiros modelos de sistemas penitenciários: Pensilvânico ou Filadélfico, Auburniano e Progressivo, os quais se legitimaram, em tese, pelo ideal de ressocialização do preso. Neste sentido, o presente trabalho irá interpretar a influência destes sistemas no atual cenário das penitenciárias brasileiras, realizando um enfoque reprensor acerca dos principais problemas enfrentados e a compreensão de seus efeitos.

Por derradeiro, falar-se-á sobre as propostas à reformulação do sistema punitivo no Brasil, fazendo menção as principais propostas e medidas alternativas a pena de prisão que são vistas como importantes instrumentos de desencarceramento.

Quando se fala em pena privativa de liberdade, adentra-se, diretamente, nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pois é um preceito fundamental ao ser humano, protegido pelo princípio constitucional da legalidade, no qual revela que só em virtude de lei a liberdade do indivíduo poderá ser restringida.

Assim, justifica-se a importância social e jurídica do presente trabalho, tendo em vista a finalidade de alertar sobre os riscos de manter um indivíduo privado de sua liberdade e não fornecer-lhe, enquanto detento, um tratamento íntegro, visado a sua reeducação com uma filosofia de vida distinta de quando cometeu o delito, com base nos direitos fundamentais assegurados aos condenados pela Constituição Federal de 1988, pois a correta ressocialização dos presos é necessária face à definição de uma sociedade livre, democrática e justa com todos os preceitos constitucionais, da dignidade e da igualdade entre os cidadãos que a compõem.

2 A EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO TEMPO

Existe uma dificuldade em situar precisamente a origem da pena de prisão no tempo, no entanto, através de uma análise retrospectiva da sua história, é possível identificar aspectos de sua evolução até o século XVIII.

Neste capítulo será analisada a evolução histórica das penas, suas origens e os principais motivos pelos quais foram constituídas, sendo abordados os modos de repressão existentes desde a Antiguidade até a atualidade.

Primeiramente, é importante conceituar os termos pena e prisão que, apesar de serem constantemente equiparados, a autora Oliveira (2003, p. 24) elucida:

embora entendendo estes institutos, respectivamente, como gênero e espécie, a literatura específica, seja de generalidade histórica ou casuística, emprega os dois termos de forma tão envolvente que parecem resultar num só conceito. Entretanto, assim não o é, pois a pena é uma instituição muito antiga, cujo surgimento se registra nos primórdios da civilização, já que cada povo e todo período histórico sempre tiveram seu questionamento penal, inicialmente, como manifestação de simples reação natural do homem primitivo para conservação de sua espécie, sua moral e sua integridade [...].

Ainda neste sentido, Oliveira assevera (2003) que a palavra “pena”, procede do *latim* (*poena*), porém com derivação do grego (*poiné*), significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa.

Como se pode compreender, o significado da palavra prisão está intimamente ligado ao instituto da pena, haja vista também se tratar de um instrumento para atingir o cidadão que praticou um delito, visando o reeducar para que, em tese, este não venha a cometer outras infrações. Para Weinmann (2012, p. 26) “a pena é assim, uma retribuição, uma resposta a uma ação de natureza delituosa”.

Desde a antiguidade, a pena é vista como uma consequência que decorre da prática de um ato ilícito. Inicialmente, a pena possuía um caráter vingativo, que sobrevinha por parte da comunidade contra aquele que viesse a transgredir as regras de convivência. A primeira modalidade de pena foi então, denominada de vingança privada e tinha como principal objetivo retribuir ao transgressor o mal que praticara. Isto ocorria, geralmente, com a morte ou a mutilação do corpo do agente criminoso, sendo que essa vingança podia ser praticada pela pessoa que sofreu o

dano, como também por seus familiares ou ainda, pelo grupo social em que estava inserido (GRECO, 2016).

No decorrer dos tempos, a vingança privada produziu duas grandes regulamentações: o Talião e a Composição.

O Talião consistia em aplicar ao ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção. Já a composição, era considerada como uma forma mais branda de punição, onde o delinquente era punido com a entrega de bens materiais, como animais, armas, utensílios ou dinheiro (GRECO, 2016).

Para Greco (2016, p. 84) a Lei do Talião “já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do contexto de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de justiça, embora ainda atrelado á vingança privada”.

Posteriormente, passou-se a fase da chamada vingança divina, onde a repressão do criminoso se fundamentava na “ira” da divindade ofendida pelo crime. Normalmente, a aplicação de castigos era confiada aos sacerdotes em virtude da ligação direta com Deus (GRECO, 2016).

Por derradeiro, no período denominado como vingança pública, o Estado chamou para si a responsabilidade de resolver os conflitos sociais e ainda, aplicar a pena correspondente ao mal praticado pelo agente (GRECO, 2016).

Com o passar do tempo, as punições desumanas, foram desaparecendo à medida que começaram a surgir ideias mais humanitárias com relação à aplicabilidade das sanções, instituindo-se, dentre elas, a prisão que foi eleita como a forma mais adequada para a manutenção do controle social.

No entendimento de Bittencourt (2011, p. 25),

a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis.

A evolução histórica da pena evidencia que esta precisou ser transformada com o decorrer dos anos, principalmente, para respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2016).

Isto porque primitivamente, a pena era aplicada de forma desumana, com a finalidade de punir e vingar a todos aqueles que desrespeitavam ordens ou costumes. A seguir, procurou-se atingir uma proporcionalidade entre o delito e a

pena, ou seja, a pena passou a ser aplicada como uma forma de penitenciar o indivíduo e ao mesmo tempo o reeducar para que não viesse a repetir o ato delinquente, bem como para reinseri-lo de modo adequado no convívio social.

Neste íterim, passamos a analisar a evolução da pena de prisão em suas principais fases, o seu desenvolvimento e progresso até os dias de hoje, principalmente nas civilizações grega e romana, considerando a forte influência que tiveram na história da pena de prisão no Brasil.

2.1 As penas na Antiguidade

Segundo Caldeira (2009, p. 05), “Antiguidade foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média no século V.”

Na Antiguidade, a pena tinha o objetivo de castigar aquele que violava as regras de convívio social, impondo-se a dor física ao condenado como retribuição pela mal que causara e ainda, como uma forma de reconstituir a soberania lesada, o que justifica dizer que a pena também desempenhava uma função jurídico-política (FOUCAULT, 2004).

A privação da liberdade não era reconhecida como uma forma de sanção penal. Nesta época havia a predominância das penas de morte, mutilações e uso da tortura na busca da verdade do crime. Portanto, não é possível considerar a prisão como lugar de cumprimento de pena, eis que a própria pena se configurava na morte, mutilação ou tortura dos réus.

Até o final do século XVIII, a finalidade da prisão era servir como contenção e custódia, ou seja, conter os réus até o momento de seu julgamento ou execução para preservá-los fisicamente e para que não se eximissem da aplicação do castigo. Por isso, a prisão era considerada como uma antessala de suplício, pois sem dúvida o fim do condenado seria bárbaro (BITENCOURT, 2011).

A aplicação das penas geralmente se dava em praças públicas, sendo que o povo era convocado a assistir as exposições, confissões públicas, os pelourinhos e as forcas. Para Foucault (1975, p. 49),

nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria

sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

As prisões também eram utilizadas para aplicar meios cruéis de tortura, com o objetivo de extrair a verdade dos réus em seus interrogatórios, os quais eram mantidos em prédios improvisados, ambientes insalubres, edifícios abandonados geralmente em condições subumanas de habitação, já que não existia uma arquitetura penitenciária própria naquela época. Para Bitencourt (2011, p. 28) “a prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física”.

Na Grécia, Garrido (1983), citado por Bitencourt (2011, p. 29), declara:

Platão propunha, no livro nono de *As Leis*, o estabelecimento de três tipos de prisão: “uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao *suplício*, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”. (Grifos originais).

Como se pode perceber, Platão já fazia distinção entre os crimes, na medida em que diferenciava as sanções conforme a gravidade do delito. Para os crimes mais graves os autores eram condenados com a morte, nos crimes de menor gravidade eram aplicadas sanções de correção que se cumpriam em estabelecimentos especiais. Embora a Grécia tenha desconhecido a privação de liberdade como pena, Platão com toda sua genialidade apontava duas ideias históricas da privação de liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, sendo esta última, a forma efetivamente utilizada na Antiguidade (BITENCOURT, 2011).

Para Greco (2016) entre os gregos e romanos também havia a possibilidade da prisão por dívida, onde o devedor era retido até que alguém em seu nome, ou ele próprio pagasse a dívida. Assim ficava a disposição do credor até que a obrigação fosse cumprida, ou seja, tinha caráter de coerção civil, e não criminal.

É possível constatar que de maneira alguma a prisão, nessa época, tinha como finalidade a pena, já que na maioria dos julgamentos todas as sanções se esgotavam com a morte, penas corporais e infamantes. Então, a finalidade da prisão, tanto na Grécia como em Roma, restringia-se apenas à custódia dos réus até a execução das condenações (BITENCOURT, 2011).

2.2 Práticas penais na Idade Média

A gênese as Idade Média se deu no século V, com a queda do Império Romano do Ocidente que foi denominado pelos povos bárbaros. Seu término ocorreu no século XV, com o fim do Império Romano do Oriente e o declínio de Constantinopla. O final desse período histórico também tem como marco o surgimento da peste negra, doença que dizimou a população europeia (CALDEIRA, 2009).

Durante a Idade Média houve uma grande influência do direito germânico. A finalidade da prisão continuou sendo primordialmente a contenção e custódia dos réus e as sanções criminais estavam submetidas puramente ao juízo dos governantes (GRECO, 2016).

Segundo Bitencourt (2011, p. 32):

as sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do *status* social a que pertencia o réu. Referidas sanções, podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou penas de mutilação. (Grifos originais).

Para Greco (2016) foi um período em que o destino dos réus seria trágico e sofrido, pois ficavam presos cautelarmente em lugares fétidos, sem alimentação, privados, muitas vezes do sol e do ar, aguardando suas condenações que se realizariam em lugares públicos, na presença da multidão que se realizava em presenciar o sofrimento alheio.

Uma exceção à regra geral do cárcere de custódia são as denominadas prisões de Estado e eclesiástica. A primeira era destinada aos inimigos do poder, aqueles que tivessem cometido delitos de traição, ou que fossem adversários políticos dos governantes.

A prisão de Estado se apresentava em dois modos: a prisão de custódia, onde alojavam os réus que esperavam suas execuções, e a detenção perpétua ou temporal, onde os réus ficavam até receberem o perdão do rei. A prisão eclesiástica por sua vez, se destinava aos clérigos rebeldes, infratores das regras da Igreja, onde estes ficavam reclusos com o objetivo de redimirem-se e arrependem-se de seus pecados (BITENCOURT, 2011).

Segundo Greco (2016, p. 101) “essas prisões eram utilizadas quando, na maioria dos casos, se tratava de nobres, que ficavam afastados dos estabelecimentos penais comuns”.

Dava-se ao internamento um sentido de penitência e oração e esperava-se que por meio da penitência e oração, o réu se arrependesse do mal causado, obtendo correção (BITENCOURT, 2011).

Neste período da história, o Direito Canônico exerceu grande influência, pois a Igreja adquiria cada vez mais poder e suas decisões eclesásticas eram executadas por tribunais civis (CALDEIRA, 2009).

Dessa forma, a prisão canônica, baseada no Direito Canônico tinha uma visão mais generosa, pois se acreditava que a oração e o arrependimento contribuiriam de uma forma mais positiva do que a força da coação física, o que gerou grande influência na evolução da pena e inspirou o nascimento das prisões modernas, principalmente no que se refere à finalidade de restaurar os criminosos.

Ainda nesse período, a prisão na Idade Média foi fortemente influenciada por um direito ordálico, também chamado Juízo de Deus, onde o acusado era submetido à prova do fogo ou da água, e se saísse salvo, em geral era declarado inocente.

Neste sentido corrobora Bitencourt (2011, p. 33):

“a melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido. – da água, do fogo, do ferro candente etc. -, com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente [...]. (sic) O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade do abandono de Deus. Se não estivesse em pecado – se não tivesse cometido um delito – sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida”. (Grifos originais).

Como consequência natural desse modo de obter a verdadeira prova do cometimento dos delitos, havia um enorme índice de erros judiciários naquela época.

A Idade Média caracterizou-se pelo predomínio de penas desumanas e ineficazes, com exceção da pena canônica que pregava pelo arrependimento e reabilitação do recluso.

Em sua obra, Bitencourt (2011) menciona o entendimento de Santo Agostinho, em que este afirmava que o castigo não devia orientar-se a destruição do culpado, mas ao seu melhoramento. Essa influência, deu origem aos princípios de

arrependimento, meditação e aceitação da culpa que posteriormente vieram a nortear a prisão moderna, no entanto, não retiraram dela o caráter expiatório.

O direito canônico constituiu-se em um precedente muito importante à prisão moderna, mas em contrapartida, não se pode desprezar suas fundamentais distinções.

2.3 Idade Moderna e o período humanitário

Nos séculos XVI e XVII, durante a Idade Moderna, o fenômeno da pobreza que afetou a Europa, resultou num violento enfraquecimento econômico da população. Isso impulsionou os desafortunados ao cometimento cotidiano de crimes para sobrevivência. Diante da crescente delinquência e da gravidade dos delitos cometidos, o atual sistema punitivo não se mostrava mais adequado, já que seria impossível aplicar a pena de morte a tantos delinquentes. Além da pobreza que se estendeu por toda a Europa, houve diversas transformações no cenário social do continente que contribuíram significativamente com o aumento da criminalidade entre os séculos XVII e XVIII (BITENCOURT, 2011).

No fim do século XVIII se inicia o denominado Período Humanitário do Direito Penal, que tinha como propósito a reforma do sistema punitivo.

Iniciou-se, então, a criação e construção de prisões mais organizadas, para a correção dos apenados, visando à reforma dos delinquentes (vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos menores) por meio do trabalho e da férrea disciplina (BITENCOURT, 2011).

Para Greco (2016, p. 103) “esse foi um período em que a mão de obra do preso era intensamente explorada, sob o argumento de que com o trabalho duro, penoso, aquele sujeito considerado delinquente poderia ser reformado”.

Surgem em vários lugares da Inglaterra as *houses of correction* ou *bridwells* e sob parecidas orientações as chamadas *workhouses* que embora destinadas a apenas combater a delinquência, já assinalaram o surgimento da pena privativa de liberdade moderna (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011), através do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa, as casas de correção procuravam alcançar a finalidade educativa da prisão para aqueles que cometiam delitos de menor

gravidade. Entretanto, para delitos mais graves mantinham-se as aplicações de penas infames.

Ademais, as casas de correção tinham como propósito a prevenção de novos crimes através do desestímulo da vadiagem e da ociosidade. Para Greco (2016, p. 103) “o cumprimento da pena funda-se no trabalho do preso, visando transformar a força de trabalho daqueles condenados, considerados indesejáveis, em algo socialmente útil”.

Outro intento das casas de correção seria auferir ao preso certa vantagem econômica através do trabalho que desempenharia durante a reclusão para que o mesmo pudesse autofinanciar-se e prosperar economicamente.

Nesse panorama, houve a criação de novas casas com o objetivo de dividir homens e mulheres, sendo que também foram criadas seções especiais para jovens.

Uma das principais contradições a este sistema, segundo alguns doutrinadores, seria a correção dos condenados, pois para eles as casas de trabalho ao invés de corrigi-los tinham a função de reprimi-los.

Neste sentido Garrido (1976), citado por Bitencourt (2011, p. 40):

segundo comenta Sellin, os fundadores dos estabelecimentos ingleses e holandeses tinham a aspiração de que se pudesse reformar o delinquente. Contudo, Radbruch suscita uma das constantes objeções e limitações que sofre o objetivo reabilitador, afirmando que os condenados, ao serem liberados das casas de trabalho (ou de correção), não se haviam corrigido, mas sim domado. (Grifos originais).

Somente após o decorrer de dois séculos este sistema de prisões conseguiu ser considerado como um local de correção e não mais de simples custódia de réus à espera de serem julgados.

Neste período, alguns países como Inglaterra, França e Espanha adotam outra espécie de prisão em seu sistema, sendo esta considerada uma das mais severas e cruéis do século XVI: a pena de galés. A pena de galés consistia em uma espécie de prisão flutuante. Os prisioneiros de guerra, bem como os condenados por crimes graves eram acorrentados, feitos de escravos e trabalhavam sob ameaça ao serviço das galés militares (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011), essa pena seguiu sendo executada até meados do século XVIII.

A extrema crueldade em que a legislação criminal na Europa se evidenciava, ocasionou a reação de alguns pensadores, a partir de 1764. O denominado movimento iluminista apareceu nesse período, atingindo seu apogeu durante a Revolução Francesa. Destacaram-se os idealistas Cesar de Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham (BITENCOURT, 2011).

Os pensadores iluministas fizeram uma rigorosa crítica aos exageros da lei e buscavam uma proporcionalidade entre a pena e o crime. Beccaria foi o primeiro pensador a se opor as leis penais de seu tempo, preocupado com acontecimentos sociais, escreveu um livro denunciando o abuso dos governantes, os julgamentos às escuras, as torturas empregadas e as práticas de confisco de bens dos condenados (GRECO, 2016).

Segundo Costa (1953), citado por Bitencourt (2011, p. 53):

o grande mérito de Beccaria foi falar claro, dirigindo-se não a um limitado grupo de pessoas dotas, mas ao grande público. Dessa forma, conseguiu, através de sua eloquência, estimular práticos do Direito a reclamar uma reforma que deviam conceber os legisladores.

Segundo Greco (2016, p. 108) “as lições e os princípios propostos por Beccaria modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano, que tem em seu favor, como um direito inato, a sua dignidade”.

Entre os principais ensinamentos de Beccaria, é possível mencionar o princípio da legalidade, onde este afirma que somente a lei poderá fixar penas com relação aos delitos praticados, e o princípio da proporcionalidade entre os crimes e as penas aplicadas, isto é, quanto maior a importância do bem atacado, maior deverá ser a punição, desde que observados os princípios da dignidade da pessoa humana. O autor também enfatiza o caráter utilitário da pena, acreditando que o principal objetivo desta é impedir que o delinquente voltasse a praticar novos crimes (GRECO, 2016).

Por outro lado, John Howard, conhecido como o pai da Ciência das Penitenciárias, desempenhou um relevante ofício no processo de racionalizar e humanizar as penas. Apreensivo com as condições precárias das penitenciárias inglesas idealizou a criação de instituições apropriadas para o cumprimento das penas (BITENCOURT, 2011). Depois de avaliar diversas prisões, o autor em sua obra intitulada *Estate of prisons*, identificou inúmeros problemas que, se

melhorados, possibilitariam uma condição mais digna aos presos, sendo eles: higiene e alimentação, disciplina distinta para presos provisórios e os condenados, educação moral e religiosa, trabalho e sistema celular mais brando (GRECO, 2016).

Segundo Greco, (2016, p. 117) as lições de Howard “são utilizadas para a construção de penitenciárias mais humanas, que visem à recuperação do condenado ou que, pelo menos, não o façam sair de lá pior do que quando entrou”.

Jeremy Benthan, por sua vez, desempenhou forte inspiração sobre a estrutura das prisões. Através de sua obra *O Panótico* identificou o conceito de uma penitenciária e destacou alguns dilemas como a falta de controle e segurança das instituições prisionais (BITENCOURT, 2011).

Segundo Greco (2016), Benthan projetou arquitetonicamente um edifício destinado para o cumprimento de penas privativas de liberdade, construído de modo que todo o seu interior pudesse ser monitorado de um único ponto.

Para Bitencourt (2011, p. 65), Benthan “[...] não via na crueldade da pena um fim em si mesmo, iniciando um progressivo abandono do conceito tradicional, que considerava que a pena devia causar profunda dor e sofrimento”.

O seu pensamento foi um progresso na racionalização da doutrina penal, visto que não via na pena um mau sem objetivos, ao contrário, o castigo era uma forma de prevenir danos à sociedade. Assim, Benthan foi o criador do utilitarismo do Direito, pois acreditava que o indivíduo somente teria direitos na medida em que seu comportamento contribuísse para o bem da sociedade como um todo (GRECO, 2016).

Como se pode perceber, a partir do século XVI, se tem uma maior valorização da liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. Isso porque, a pena de morte caíra em desprestígio e não respondia mais pelos anseios da justiça e reparação dos danos.

A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social (BITENCOURT, 2011).

Diante das causas que explicam o surgimento das primeiras instituições de reclusão, assim como a adoção e evolução das prisões ao longo da história, é possível analisar que a criação deste sistema de segregação punitiva não se deu somente pelos propósitos dos idealistas reformadores que ansiavam por melhores condições de sobrevivência aos condenados (BITENCOURT, 2011).

A transformação da prisão em pena restritiva de liberdade também é considerada como alternativa a uma exigência do desenvolvimento da sociedade capitalista na época.

Evidentemente, a razão econômica foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade que se tornou um instrumento para controlar e evitar o desperdício de mão de obra de acordo com a valorização do capital.

Os reclusos tornaram-se objetos de exploração, pois nas prisões foram submetidos a um sistema de trabalho opressivo mediante ao pagamento de baixos salários. Assim,

essa objeção aponta em direção a um aspecto importante: não se deve aplicar uma perspectiva unilateral ao buscar explicação para a origem e função da prisão. É necessário considerar outros tipos de motivação, que, embora possam ser irracionais, também contribuem, em maior ou menor grau, para explicar as causas que levam ao surgimento de uma resposta penológica como a prisão, que ainda se mantém vigente, apesar de encontrar-se em crise. (BITENCOURT, 2011, p. 46).

Segundo o pensamento de alguns doutrinadores as casas de trabalho originaram-se pela necessidade de promover a disciplina capitalista de produção, ou seja, tornar os presos em trabalhadores dóceis e desprovidos de conhecimento, impedindo, assim, que os mesmos apresentassem qualquer tipo de resistência. Essa ideia também foi apoiada pelo ponto de vista religioso que se fundava no calvinismo, cuja ideologia fortalecia a hegemonia da burguesia capitalista. As instituições de correção não se firmavam somente nos propósitos humanitários de recuperação dos presos, mas na submissão destes a um regime dominante, tanto no aspecto político, como no econômico e ideológico (BITENCOURT, 2011).

Nesse panorama, é interessante salientar que muitos autores afirmam que a vinculação da prisão à necessidade de se estabelecer uma ordem econômica, faz surgir a ideia de que é um mito pretender ressocializar o delinquente através da pena privativa de liberdade.

Diante de todas as razões expostas, não se pode afirmar ingenuamente que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente. O mais prudente e correto, seria afirmar que vários foram os motivos que explicam o surgimento da pena privativa de liberdade, dentre elas a valorização do racionalismo, as transformações socioeconômicas, a decadência da pena de morte, o confinamento aliado a imperatividade do trabalho como meio de

controle político e econômico, a necessidade de dominação da burguesia sobre o proletariado e as ideias reformistas de ressocialização do delinquente.

2.4 História da pena de prisão no Brasil

A história do processo penal no Brasil está naturalmente vinculada à história do processo penal português, haja vista que após o descobrimento do Brasil, no ano de 1500, passaram a vigorar neste país ao tempo da colônia, as legislações portuguesas em matéria criminal (MACHADO, 2010).

Inicialmente, o regime jurídico dos portugueses era fundado nas Ordenações Afonsinas. Segundo Dotti (2003), nessa época a prisão tinha em regra um caráter cautelar, pois era aplicada para evitar a fuga do autor até ser julgado. De outra banda, a prisão tinha uma função cautelar, visto que também era aplicada como meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento de pena pecuniária.

Em 1524, passaram a vigorar no Brasil as Ordenações Manuelinas. Acerca das medidas privativas de liberdade adotadas na época, Dotti (2003, p. 280) afirma que:

a prisão é encontrada como medida de coerção pessoal até o julgamento e a condenação, sendo menos frequente a prisão por dívida, enquanto a privação de liberdade como sanção propriamente dita é pouco utilizada. [...] Alguns dispositivos regulavam problemas da execução, como a proibição de que os presos se ferissem entre si; o cumprimento da detenção em lugares ou em situações especiais (castelos, em casa própria ou de outrem, sob menagem, etc.), bem como a forma de se aplicar a pena, como ocorre com a *prisão em ferros*. (Grifos originais).

Com a revogação das Ordenações Manuelinas, em 1603, foram editadas as Ordenações Filipinas, cuja vigência apenas se encerrou com o advento do Código Criminal do Império de 1830 (DOTTI, 2003).

Dentre as Ordenações de Portugal, a Filipinas foi a que mais se destacou no Brasil, pois além de buscar o fortalecimento do poder real contra a justiça privada, tais ordenações continham punições extremamente brutais e desumanas, como a pena de morte que era cominada para a maior parte dos delitos praticados naquela época.

Em sua obra, o autor Dotti (2003, p. 281), afirma que “o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço”.

Segundo Zaffaroni, e Pierangeli (2013, p. 190), nesse sistema a pena de morte poderia ser executada de quatro maneiras distintas, quais sejam,

morte cruel: a vida era tirada lentamente, entremeada de suplícios [...] morte atroz: nessa, acrescentavam-se algumas circunstâncias agravantes a pena capital, como confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento e até a proscricção de sua memória. Morte simples: esta representava apenas a perda da vida e era executada mediante degolação, enforcamento [...]. Morte civil: com esta pena, eliminavam-se a vida civil e os direitos de cidadania.

Além disso, as condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois aos indivíduos de classes sociais inferiores (hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores sem autorização do rei), ficavam reservadas às punições mais severas. Em contrapartida, os fidalgos, os cavaleiros, os desembargadores e os escudeiros, gozavam de imunidades ou especial tratamento punitivo (DOTTI, 2003).

Um caso clássico que ocorreu no Brasil, nesta época foi a do mártir, José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes, que foi executado de forma cruel pelo domínio português, ao representar parte do povo que pretendia defender a liberdade do país, durante o processo da Inconfidência Mineira (MACHADO, 2010).

Diante do exposto, é possível constatar que no período colonial o Brasil não possuía um sistema carcerário. O certo é que as cadeias existiam tão somente para assegurar a aplicação da pena, era o lugar onde se aguardava a execução. Logo, manter o sujeito encarcerado não era uma pena, mas sim uma medida de garantir que o condenado recebesse a sua verdadeira punição.

O fim das cruelíssimas Ordenações Filipinas foi influenciado pelo movimento iluminista, e graças às relações sociais mais intensas que se estabeleceram no Brasil a partir de 1800, especialmente após a chegada da Família Real, bem como em razão da Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I.

Os ideais liberais que chegavam ao país, criaram condições para o advento de uma legislação penal mais humana no Brasil (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

O período imperial teve seu início em 1822, quando o Brasil conquistou sua independência de Portugal. Entretanto as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato, pois iria se aguardar a elaboração de um novo código, fundado nos ideais de uma reforma que se desenvolvia sob o manto da liberdade nacional (DOTTI, 2003).

Assim, a irretroatividade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei, a personalidade da pena e a utilidade pública da lei penal foram princípios, que posteriormente serviram como base para a legislação criminal brasileira (DOTTI, 2003).

Sob a ótica dos iluministas, especialmente de Jeremias Bentham, em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira. A Constituição de 1824 estabeleceu princípios e regras que reafirmavam sua concepção liberal (DOTTI, 2003).

Com o novo diploma legal houve a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade, inspirado nas ideias liberais dos Estados Unidos, Inglaterra e França. Assim, em 1830, o imperador D. Pedro I, sancionou o Código Criminal, produto dos trabalhos de Clemente Pereira e de Bernardo Pereira de Vasconcelos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Para Dotti (2003), objetivo principal da reforma do sistema penal era reduzir os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção das penas infamantes, com exceção dos açoites, que ainda eram aplicados aos escravos. Nesse ínterim, surgiu a pena privativa de liberdade como forma de substituir as penas corporais, sendo criados dois modelos: a prisão como trabalho, que obrigava os réus a se ocuparem diariamente no labor que lhes fosse imposto, dentro das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos dos presídios; e a prisão simples, que obrigava os réus a permanecerem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado na sentença. Segundo Dotti (2003, p. 292), a pena no Brasil passou a ser vista como “fonte de emenda e de reforma moral para o condenado”.

Em 1889 o Brasil se tornou República com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. Diante de alguns avanços sociais, como a lei Áurea, o antigo Código Criminal do Império, necessitava ser reformado. Houve a supressão de algumas figuras criminosas, quando então foi elaborado o Código Penal, por meio do Decreto 817, em 11 de outubro de 1890. Com relação às penas, o Código de 1890 previa as seguintes espécies de privação de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (DOTTI, 2003).

Em 1927, após diversas propostas e discussões para alteração do Código Penal, foi divulgado o projeto de Código Penal de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira. Embora incompleto, a sua redação descrevia a divisão das penas em duas categorias diferentes: principais e acessórias. Conforme menciona Dotti, (2003, p. 297) “as primeiras eram constituídas pela multa, o exílio local, a detenção, a

prisão e a relegação; as outras seriam: a interdição de direitos, a publicação de sentença, o confisco de certo objetos e a expulsão de estrangeiro”.

Em 1932, as inúmeras leis extravagantes criadas no decorrer dos anos foram reunidas na Consolidação das Leis Penais, sendo que o encarregado de realizar a consolidação foi o Desembargador Vicente Piragibe (DOTTI, 2003).

Cabe salientar, ainda, que a pena de morte deixou de existir, bem como a prisão perpétua, sendo admitida a privação da liberdade apenas até o período de 30 anos.

Em 1934 houve a promulgação da Constituição da República. Reafirmando a necessidade de se garantirem os princípios fundamentais, a nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Em 1937 com a entrada do Estado Novo, as mudanças na área política influenciaram a lei penal. Uma nova Constituição Federal é outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso é fechado, criam-se crimes políticos e a figura da pena de morte reaparece. Neste momento histórico os direitos e garantias individuais são limitados pelo bem público e a segurança do Estado. Com a deflagração do golpe de estado, o novo ministro da justiça Francisco Campos designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão, detenção, segregação e multas. Adotou-se o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação (DOTTI, 2003).

Em 1940 foi publicado o novo Código Penal, pelo Decreto Lei 2.848/1940, pelo então presidente Getúlio Vargas, onde

o exame dos textos legislativos de natureza complementar revelava que a perda da liberdade física era a sanção por excelência, um verdadeiro monocórdio a interpretar a sinfonia do bem e do mal. Mais de 170 hipóteses de ilícitos descritos no Código Penal eram punidas com a detenção, enquanto que em mais de 130 casos se aplicava a reclusão. Não havia alternativas dentro ou fora da pena de prisão e apenas em casos raros a multa poderia substituir a privação de liberdade (DOTTI, 2003, p. 308).

Em 1946 a Constituição Federal foi novamente promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena.

Em 1964 houve o golpe militar, no entanto não foram alteradas de imediato as leis penais, mas as garantias formais da legislação de nada adiantariam frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas. Em 1969 os ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial (DOTTI, 2003).

O Código Penal de 1969 não chegou a vigor, ficando conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da história do Brasil, restou revogado pela Lei n. 6.578/78. Assim, coube ao Código Penal de 1940 prosseguir em atividade (ALMEIDA, 2012).

A polêmica que atravessou todo o período do Código Penal de 1940, finalmente se esgotou quando o legislador, ao reformar a parte geral, por meio da Lei 7.209/1984, trouxe importantes mudanças como a abolição das penas acessórias e do sistema duplo binário, passando a adotar o sistema vicariante com a aplicação de pena aos imputáveis e a possibilidade de medida de segurança aos inimputáveis. Ademais, a revisão do Código Penal brasileiro baseou-se no repúdio à pena de morte, com a busca da humanização da pena de prisão, adotando as penas alternativas, além de reintroduzir o sistema dias-multa (DOTTI, 2003).

Diante da análise histórica da pena de prisão no Brasil, é possível vislumbrar a grande evolução que sofreu o caráter da pena e a sua função social, visto que a diferença dos tempos do Brasil Império, para o estado Democrático de Direito é evidente.

Dessa forma, até a promulgação da Constituição de 1988 foram editadas diversas leis, no sentido de adequar o sistema de execução da pena no país. Nesse panorama, emergiu a ideia de que as penas passaram a ter um aproveitamento mais eficaz, considerando cada caso concreto e a composição do crime, evoluindo-se, em tese, para punições mais justas e eficientes. No entanto, atualmente há um grande questionamento em torno da validade e eficácia da pena privativa de liberdade no tocante ao seu objetivo ressocializador, o que será abordado no decorrer do presente trabalho.

3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Graças aos ideais iluministas, os primeiros sistemas penitenciários norte-americanos surgiram no final do século XVIII e durante o século XIX. Tais estabelecimentos marcaram o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia (GRECO, 2016).

Nesse ínterim, dentre os sistemas penitenciários que mais se destacaram, estão: o pensilvânico ou filadélfico, o auburniano e o progressivo.

3.1 Sistema pensilvânico ou filadélfico

O regime penitenciário pensilvânico foi criado em 1829, na Penitenciária de East, na Filadélfia, sob os ideias das sociedades integradas por quaqueiros e pelos mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia que tinham o objetivo de transformar as prisões, dentre eles destacam-se Benjamin Franklin e William Bradford (BITENCOURT, 2011).

Segundo Fernandes (2012, p. 577), “esse sistema consistia em isolar o apenado em uma cela individual, sem sair, a não ser esporadicamente e sozinho, para passeio em pátio fechado”. Ainda nesse panorama, o autor afirma que:

o propósito do sistema é separar completamente os condenados, impedindo qualquer promiscuidade e propiciando a meditação por força do constante isolamento. A única leitura autorizada é a da Bíblia. Permite, o sistema, que o preso trabalhe na própria cela onde assiste ao ofício religioso e recebe as visitas do diretor, do médico, do sacerdote ou pastor e dos funcionários do estabelecimento (FERNANDES, 2012, p. 577).

Nesse sistema limitou-se a pena de morte somente aos crimes de homicídio e substituíram-se as penas corporais por penas privativas de liberdade e trabalhos forçados. O sistema pensilvânico determinava o isolamento absoluto com a esperança de obter o arrependimento dos condenados, caracterizando-se como um sistema rigorosamente celular (BITENCOURT, 2011).

O autor Hentig (1967), citado por Bitencourt (2011, p. 79) define os efeitos do isolamento:

depois da dureza dos trabalhos forçados declarou-se, sem horror, como novo procedimento coativo a forçosa ociosidade. A tortura se refina e desaparece aos olhos do mundo, mas continua sendo uma sevícia

insuportável, embora ninguém toque no apenado. O repouso e a ordem são os estados iniciais da desolação e da morte.

Segundo Bitencourt (2011, p. 79), “as características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração”.

Esse sistema produziu resultados desastrosos, segundo Ferri (1908), citado por Bitencourt (2011, p. 82),

o sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem da sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não dominou [...]. (Grifos originais).

Sob o ponto de vista ideológico, os autores Melossi e Pavarini (1985), citados por Bitencourt em sua obra (2011, p. 79), interpretam o sistema celular como “estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única”.

Os autores, Melossi e Pavarini (1985), citados por Bitencourt (2011, p. 79), afirmam ainda:

já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de eficiente instrumento de dominação, servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais.

Observa-se que o sistema pensilvânico se constituía praticamente em uma tortura, e sua criação na verdade, em nada contribuía para o progresso e desenvolvimento das prisões e, tampouco a readaptação social do condenado na época, sendo que a religião apenas mostrou-se como um eficaz instrumento para impor a ideologia da classe dominante sobre as classes menos favorecidas (GRECO, 2016).

Em contrapartida, existem correntes favoráveis à aplicação de algumas técnicas do sistema pensilvânico como a separação dos internos em celas individuais para a manutenção do controle e da ordem, aplicação do isolamento aos psicopatas com alto grau de periculosidade e ainda, aos delinquentes primários, aos quais se impõe pena de curta duração para que usufruam de um período de

reflexão, bem como uma forma de afastá-los dos delinquentes habituais, capazes de pervertê-los (BITENCOURT, 2011).

Como se pode perceber os regimes penitenciários possuem uma união de fundamentos de sentidos opostos: devem servir de instrumento que impõe a ordem e, devem proporcionar a reabilitação dos criminosos.

Nesta senda, não se pode afirmar que o regime celular foi amplamente aplicado em sua concepção original, em razão dos prejuízos que ocasionava o isolamento absoluto e, sob esse aspecto foi alvo de muitas críticas (BITENCOURT, 2011).

Para Ferri (1908), citado por Bitencourt (2011, p. 82) “a prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos”.

O sistema pensilvânico ensejou inúmeros casos de loucura, sendo considerado uma das maiores aberrações do século XIX. Conforme Fernandes (2012), esse sistema foi abolido dos Estados Unidos em 1913, mas continua sendo utilizado como eficaz instrumento de controle penitenciário em alguns países, principalmente na Europa.

3.2 Sistema auburniano

O sistema penitenciário auburniano surgiu com o objetivo de superar as limitações e os defeitos do regime celular, embora não existam radicais distinções entre ambos (BITENCOURT, 2011). Deu-se este nome ao sistema, devido à construção da prisão de Auburn, em 1816, no Estado de Nova Iorque. Inicialmente uma parte do edifício foi destinada ao regime de isolamento, no entanto, posteriormente os prisioneiros foram divididos em três categorias:

[...] a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou o isolamento contínuo; [...] na segunda situavam-se os menos incorrigíveis, que somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham a permissão para trabalhar; [...] a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos [...]. (BITENCOURT, 2011, p. 87).

Da experiência de estrito confinamento solitário, grande parte dos prisioneiros restaram mortos, outros enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Nesse ínterim,

mais precisamente em 1824, uma comissão legislativa investigou o problema e recomendou o abandono do sistema (BITENCOURT, 2011).

A partir de então, o sistema auburniano se tornou menos rígido que o sistema celular, permitindo o trabalho entre os reclusos, inicialmente separadamente em suas celas, e posteriormente em comum, porém, os mantinha sob confinamento durante a noite evitando-se em grande parte a homossexualidade (FERNANDES, 2012).

Uma das pessoas que maior influência exerceu na definição do sistema auburniano foi o Capitão Elan Lynds, que segundo Bitencourt (2011, p. 87),

era um militarista implacável que não acreditava nas possibilidades de reforma do recluso e somente se preocupava em conseguir prisioneiros obedientes, mantendo-os encarcerados com o máximo de segurança. [...] Seu excessivo rigor levou o pessoal da prisão a tratar os reclusos com menosprezo e vigor.

No *silent system*, a regra era o silêncio absoluto, fazendo que esse sistema tivesse íntima relação com um estilo de vida militar tornou-se um instrumento eficaz para imposição do poder (BITENCOURT, 2011).

Segundo Melossi e Pavarini (1985), citados por Bitencourt (2011, p. 89), “o silêncio ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão”.

Observa-se que esse sistema não tinha como principal finalidade a reforma do criminoso, predominando, portanto, a aspiração pela obediência dos reclusos e manutenção da segurança do estabelecimento prisional. Em lugar da segregação física através de paredes, foi construída uma separação sob a vigilância de seres humanos, onde os indivíduos se encontram isolados em sua existência moral, mas sob um enquadramento hierárquico restrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema (BITENCOURT, 2011).

Bitencourt (2011, p. 90) acrescenta que,

o problema do poder e da dominação está sempre presente quando se analisa o objetivo reabilitador da pena privativa de liberdade. Admitindo-se que o sistema prisional dá prioridade ao exercício do poder e à imposição de determinada ideologia, não é possível aceitá-lo, mesmo em sua expressão mais liberal, como instrumento de reforma e de reabilitação.

Uma das bases do sistema auburniano foi o trabalho. A escassez da força de

trabalho no início do século XIX, devido a restrição da importação de escravos, deu origem à reintrodução do trabalho produtivo nas instituições prisionais.

Alguns doutrinadores afirmam que, enquanto o sistema celular se fundamentou basicamente em inspiração religiosa, o sistema auburniano surgiu por motivações predominantemente econômicas, guardando íntima ligação com o desenvolvimento da força produtiva e necessidade de mão de obra de baixo custo.

Nesse panorama Melossi e Pavarini (1985), citados por Bitencourt (2011, p. 88) consideram que “a crise definitiva do sistema filadélfico não ocorreu por razões humanitárias, que talvez não tenham faltado, mas por uma importante mudança no mercado de trabalho”.

Portanto, entre os propósitos dos sistemas penitenciários não se pode negar que há uma forte relação entre a economia e necessidades que o mercado de trabalho apresenta e a organização adotada pelas penitenciárias.

Em meados do século XIX, ocorreram grandes conflitos entre sindicatos trabalhistas e as autoridades penitenciárias. Os operários afirmavam que ao ensinar um ofício ou técnica de trabalho aos presos, estes poderiam ser incorporados às fábricas, fato que desvalorizaria tal ofício e ocasionaria constrangimento à classe operária. Tais argumentos, embora considerado um estigma, expressam o sentimento de preconceito que se mantém vivo até os dias atuais e que se torna um dos fatores que mais dificultam a tão desejada ressocialização dos presos (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011, p. 91),

a tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade e, de outro lado, as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo [...], não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo.

Alguns doutrinadores defendem a instituição do trabalho no sistema auburniano sob o ponto de vista idealista, considerando-o como um instrumento de transformação, pois quando o apenado desenvolve disciplinadamente uma atividade laboral dentro da prisão, é possível considerar que este se encontra no caminho da ressocialização. Nesse panorama, Lopes (1963), citada por Bitencourt (2011, p. 91) salienta que:

o trabalho constitui, nos reclusos e nas prisões, juntamente com a educação e a instrução, o eixo sobre o qual deve girar todo o tratamento penitenciário, condição essencial e base eficaz de disciplina: elemento moralizador mais apropriado para tornar complacente a ordem e a economia, forma útil da distração do espírito e do emprego da força.

Para Bitencourt (2011, p. 92) “outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado”.

Nesta seara, considerando que o *silente system* adotava, em seus pontos fundamentais, um estilo de vida militar, não se admitia a menor familiaridade entre os guardas e os reclusos, a convivência se dava com base no respeito mútuo, mas com a imposição de férrea disciplina. Segundo Foucault (2004, p. 198):

a prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; [...]. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total.

Além das rigorosas regras disciplinares, havia a imposição de castigos de forma discricionária. Acreditava-se que por meio do castigo se obteria um efeito pedagógico na pena, e conseqüentemente, a transformação do indivíduo (BITENCOURT, 2011).

Segundo Greco (2016, p. 123) “os castigos corporais não foram abolidos na prisão de Auburn, sendo aplicados, muitas vezes, coletivamente, quando não se conseguia descobrir qual dos detentos havia infringido as normas carcerárias”.

Afastada a severa imposição de disciplina por meio da imposição de silêncio absoluto, o sistema auburniano adotou - embora alguns entendimentos contrários - um conceito predominantemente punitivo e retributivo da pena, servindo como inspiração para o sistema progressivo que ainda é aplicado em vários países, como nos Estados Unidos, por exemplo.

3.3 Sistema progressivo

Com a extinção da pena de morte no século XIX, a pena privativa de liberdade consolidou-se como instituto penal do novo sistema penitenciário, denominado sistema progressivo. As antigas modalidades punitivas foram gradualmente abandonadas e a adoção do regime progressivo baseou-se na ideia

da necessidade de reabilitação do preso (BITENCOURT, 2011).

Para Bitencourt (2011, p. 97), “o apogeu da pena privativa liberdade coincide com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo”.

A doutrina, em geral, afirma que a obra desenvolvida pelo Capitão Alexander Maconochie, em 1840, na Austrália, modificou a filosofia penitenciária da época. No entanto, alguns consideram que o verdadeiro criador do sistema progressivo foi o Coronel Manuel Montesinos e Molina, em 1834 (BITENCOURT, 2011).

No sistema progressivo, criou-se uma nova forma de execução, onde se atingia mais a vida do condenado do que seu corpo. Nesse ínterim Foucault (2004, p. 14), afirma que “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena”.

Esse sistema também era chamado de *mark system* (sistema de vales), pois consistia em medir a pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado (BITENCOURT, 2011).

Segundo Garrido (1983), citado por Bitencourt (2011, p. 99),

desse modo Maconochie colocava a sorte do preso em suas próprias mãos, dando-lhe uma espécie de salário, impondo-lhe uma espécie de pena pecuniária pelas faltas que cometesse na prisão, fazendo recair sobre ele o peso e a obrigação de sua manutenção e despertando-lhe hábitos que, depois de livre, dificultariam a reincidência.

Como se pode perceber, o sistema progressivo, além de constituir um estímulo à boa conduta do recluso, idealizava, aos poucos, conquistar a reforma moral e a preparação para uma vida em sociedade.

No regime progressivo, a duração da condenação era dividida em períodos, levava-se em conta o bom comportamento e desempenho dos presos, indicados pela conduta positiva e pelo trabalho, para conferir-lhes alguns privilégios, como por exemplo, ser reintegrado à sociedade antes do término da condenação (BITENCOURT, 2011).

A divisão do sistema progressivo idealizado por Alexander Maconochie dava-se em três períodos. No primeiro, era aplicado o isolamento celular diurno e noturno. Também conhecido como período de prova, tinha a finalidade de fazer com que o apenado refletisse sobre seu comportamento delituoso. No segundo, vinha o trabalho em comum, em silêncio, mantendo-se a segregação noturna. Durante esse

período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, onde permanecia até que atingisse um determinado número de marcas para poder passar a integrar a classe seguinte. Por fim, vinha o terceiro período: o da liberdade condicional, onde primeiramente, o condenado adquiria a liberdade limitada a determinado período de restrições. Após, caso não fosse determinada a revogação desse direito ao condenado, este receberia a liberdade de forma definitiva (BITENCOURT, 2011).

Neste panorama, compreende-se que o sistema progressivo visa corresponder ao desejo nato de liberdade dos reclusos, procurando estimular os reclusos ao trabalho, que constituía o único meio de alcançar a liberdade.

Esta é a grande diferença com os sistemas analisados anteriormente, que somente pretendiam disciplinar o regime no interior das prisões e a eventual correção dos condenados no período em que se encontravam reclusos (BITENCOURT, 2011).

Apesar da difusão que o *mark system* alcançou, sua eficiência foi questionada e houve a modificação de algumas características por outros países.

Nesse panorama, vale salientar que o sistema progressivo irlandês introduziu um quarto período em seu sistema. Antes de conceder a liberdade condicional ao condenado, estabeleceu as prisões intermediárias que eram menos severas e visavam preparar o recluso para seu reingresso à sociedade (BITENCOURT, 2011).

Um tanto idealista, o sistema progressivo recebeu críticas de alguns doutrinadores que não admitiam o afrouxamento do regime como método eficiente para a readaptação do recluso e não consideravam aceitável que o recluso tivesse a voluntariedade de admitir a disciplina imposta pela instituição penitenciária.

O sistema progressivo ainda influencia a política criminal, com substanciais modificações e até hoje é adotado em muitas civilizações modernas.

Segundo Fernandes (2012, p. 578), “o sistema penitenciário progressivo é adotado por quase todos os países adiantados do mundo: Inglaterra, Suíça, Dinamarca, Holanda, França, Itália, Espanha, Portugal, Irlanda e Argentina”.

O Brasil, também consagrou o sistema progressivo quando prevê a aplicação da pena de reclusão aos condenados, todavia com uma pequena distinção quanto à pena de detenção, visto que não permite a incidência em todas as fases desse sistema, o que será observado a seguir.

3.4 Sistemas prisionais e regimes de execução da pena privativa de liberdade adotados pelo Brasil

A partir do século XIX, os castigos corporais e a pena de morte, como espécie de sanções penais, começaram a diminuir de forma significativa. A pena de prisão, portanto, começou a ganhar o *status* de pena principal, ao lado de outras medidas que surgiram (GRECO, 2016).

Dessa forma, acreditou-se que a pena privativa de liberdade fosse a forma mais justa e ideal de fazer os criminosos pagarem pelos seus crimes e, dentro de certas condições, o meio mais adequado para ressocialização.

Nesse sentido, assevera Fernandes (2012, p. 573),

atualmente, os sistemas jurídicos-criminais recorrem profusamente a pena privativa de liberdade que agrupa as seguintes finalidades: punição retributiva do mal provocado pelo criminoso; prevenção, para inibir novos delitos, por intermédio do aprisionamento do infrator e da intimidação de delinquentes em potencial; regeneração do preso, com sua reeducação e ressocialização.

Essa questão deve ser abordada através de uma análise crítica de como a pena se cumpre e se executa na atualidade, ou seja, a partir do estudo da realidade dos estabelecimentos penais no Brasil, da infraestrutura e dotação orçamentária que dispõem, bem como nos fatores que influenciam a sociedade atual.

Como foi analisado anteriormente, o Brasil adotou o sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, onde existem três diferentes regimes para cumprimento da pena: o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto. Onde o condenado poderá progredir ou regredir de um regime para o outro, dependendo do seu comportamento prisional.

Assim, prevê o artigo 112 da Lei de Execução Penal que:

a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Conforme Fernandes (2011), a determinação do regime prisional a ser imposta ao condenado é tarefa do juiz criminal, que levará em conta a natureza da pena e sua cominação. Assim, é possível considerar que a quantidade de pena

estabelecida pelo legislador é o principal critério para orientar o regime prisional a ser aplicado. Com efeito, conforme dispõe o artigo 33 do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Nesse ínterim, o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Considera-se regime fechado a execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou similar, e regime aberto o cumprimento de pena em casa de albergado (MARCÃO, 2010).

Assim, cumprirão pena no regime fechado, desde o início, obrigatoriamente, aqueles que forem condenados à pena de reclusão, desde que reincidentes, ou quando a pena aplicada for superior a oito anos.

O artigo 34 da Lei de Execução Penal estabelece algumas regras do regime fechado, com a seguinte disposição:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

Os estabelecimentos prisionais destinados para este regime são as penitenciárias de segurança máxima ou média, onde os presos deverão ser alojados

em celas individuais com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser observados os requisitos básicos de salubridade, além de área mínima de seis metros quadrados (MARCÃO, 2010).

O condenado que tenha revelado comportamento incompatível com outro regime mais brando poderá ser transferido por regressão ao regime fechado. E o condenado que revelar bom comportamento prisional poderá progredir para o regime semiaberto, basta que tenha cumprido, no mínimo, um sexto de sua pena em regime fechado (MARCÃO, 2010).

Neste sentido, inspirou-se o legislador na famosa metodologia de *mark system*, que permite ao condenado chegar mais próximo da liberdade quando atingir determinadas metas, através de conquistas de privilégios.

Sobre o assunto, esclarece Marcão (2010, p. 160) que, para ter direito a progressão:

devem coexistir os requisitos objetivo (cumprimento de 1/6, na generalidade dos crimes, 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados) e subjetivo (boa conduta carcerária, comprovada por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento; portanto, mérito à progressão). (Grifos originais).

Em sentido oposto, a regressão de regime consiste na transferência do regime mais brando ao mais severo, devido à conduta negativa do condenado, a qual está prevista no artigo 50 da Lei de Execução Penal, mediante falta grave:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
 I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
 II - fugir;
 III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
 IV - provocar acidente de trabalho;
 V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
 VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
 VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
 Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Igualmente, cabe salientar, à redação do artigo 118 da Lei de Execução Penal, que alerta as hipóteses em que o condenado à pena privativa de liberdade se poderá se sujeitar à forma regressiva:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Nesse contexto é possível afirmar que o sistema progressivo de regime de penas é baseado na evolução do condenado, ou seja, a progressão depende do próprio comportamento do condenado dentro da unidade carcerária, que pode reduzir ou aumentar a quantidade de pena fixada, bem como o nível do rigor que este será submetido.

Já no regime semiaberto, o condenado cumpre a pena sem se submeter às regras rigorosas previstas ao regime fechado. Neste caso, o cumprimento da pena deve ocorrer em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Neste sentido, prevê o artigo 35 do Código Penal brasileiro:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Para Marcão (2010, p. 61), o trabalho interno é obrigatório aos condenados definitivos, “respeitadas às aptidões, a idade, a habilitação, a condição pessoal (doentes ou portadores de deficiência física), a capacidade e as necessidades futuras”. Já para os presos provisórios – quando da execução provisória de sentença condenatória que não transitou em julgado para a defesa - o trabalho é facultativo, e só poderá ser exercido no interior do estabelecimento.

O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos básicos previstos em lei, quais sejam salubridade do ambiente, área mínima de seis metros quadrados, seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos da individualização de pena (MARCÃO, 2010).

Inobstante a literalidade da legislação, é notória a falência do regime semiaberto, que pode ser identificada por diversos fatores, como por exemplo, a ausência de estabelecimentos em número suficiente para atendimento dos condenados. Isto porque,

não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semiaberto na cadeia pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos que cumprem pena no regime semiaberto [...]. (MARCÃO, 2010, p. 138).

É possível perceber que a ausência de vagas em estabelecimentos penais constitui flagrante e odiosa violação dos direitos assegurados ao executado, visto que este não podem ter sua pena e regime modificados para pior em razão de omissão do Estado. A inclusão ou permanência em regime fechado, de presos que deveriam estar, por direito, e de fato, no regime semiaberto, acaba acarretando outro grave problema: a superlotação do sistema prisional fechado.

Conforme Marcão (2010, p. 139), “a concessão de regime semiaberto corresponde a uma expectativa futura de direito, já que o cumprimento da pena em tal regime depende da existência de estabelecimento prisional adequado”.

Assim, observa-se que o cumprimento da pena em regime semiaberto não apresenta resultados positivos no campo da ressocialização defendida por muitos doutrinadores como a finalidade principal da pena (MARCÃO, 2010).

Ademais, para cumprimento de pena em regime aberto, conforme visto anteriormente, é necessário o preenchimento de alguns requisitos pelo condenado, como ser primário e não ter cometido delito com pena superior a 04 (quatro) anos.

O cumprimento deste regime dar-se-á com o trabalho do condenado durante o dia, devendo retornar durante a noite, somente para dormir no estabelecimento prisional.

Nesse contexto, o artigo 36 do Código Penal Brasileiro expressa:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

O estabelecimento prisional para esses condenados foi denominado pelo legislador como casa do albergado, de acordo com o que dispõe os artigos 93, 94 e 95 da Lei de Execução Penal:

Art. 93 - A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94 - O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95 - Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Ademais, a casa de albergado também se destina aqueles que cumprem pena restritiva de direitos consistente em limitação de fins de semana, conforme preceitua o artigo 93 da LEP.

Segundo Marcão (2010, p. 141),

o ideal utópico da lei encontra seu ápice dentro do tema, no art. 95, que com regra impositiva determina que “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras”, sendo certo, ainda, que o mesmo estabelecimento deverá ter instalações para os serviços de fiscalização e orientação aos condenados [...]. (Grifos originais)

Entretanto, como já se sabe, a quase absoluta ausência de estabelecimentos penais do gênero tem impossibilitado o cumprimento de tais penas, sendo que a pena privativa de liberdade no regime aberto e limitação de finais de semana passam a ser cumpridas, ao arrepio da lei, em cadeias públicas ou presídios, resultando na superlotação dessas instituições, razão pela qual alternativamente os juízes de execução foram obrigados a se adaptar com a nova realidade, passando a deferir o recolhimento dos albergados em suas residências.

Além das penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, e das casas de albergado, existem mais cinco modelos de estabelecimentos penais: as cadeias públicas destinadas ao recolhimento de presos em caráter provisório, estabelecimentos específicos para mulheres e idosos maiores de 60 anos, centro de observação criminológica que são órgãos incumbidos de realizar exames gerais e criminológicos nos condenados, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, destinados aos inimputáveis e aos semi-imputáveis e, por fim, o patronato que é um instituto busca orientar os condenados à pena restritiva de direitos, bem como fiscalizar o cumprimento da prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana e, ainda, auxiliar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão da pena e do livramento condicional (MARCÃO, 2010).

4 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Atualmente, o sistema penitenciário no Brasil passa por uma grande crise. Sem condições de oferecer qualidade e muito menos a reabilitação dos reclusos, constitui-se em um ambiente de crueldade e desumanização, servindo inclusive para reforçar os valores negativos dos condenados.

A invenção das penitenciárias, sem dúvida, representou um grande progresso na aplicação da pena, pois o encarceramento é menos cruel, menos doloroso e menos violento que as ancestrais penas de morte e castigo corporais. No entanto, as sérias e nocivas consequências inerentes a pena privativa de liberdade não puderam ser evitadas (KARAM, 2010).

No que tange aos locais de cumprimento das penas privativas de liberdade, após um grande e intenso movimento no sentido de humanizá-los, houve um evidente retrocesso quanto a sua utilização.

Nesse sentido, Greco (2016, p. 166) alerta que:

nos países da América Latina, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras “fábricas de presos”, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes. (Grifos originais).

São inúmeras as deficiências encontradas nos estabelecimentos prisionais atualmente. O encarcerado, além de ser retirado o direito de ir e vir, principal efeito da pena privativa de liberdade, também sofre com a falta de higiene, a deficiência ou inexistência de serviços médicos e assistência psiquiátrica, regime alimentar precário, a precariedade das celas que tornam as prisões em ambientes insalubres, propícios à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças (KARAM, 2010).

Para Greco (2016, p. 225), “a crise carcerária é o resultado, principalmente, da inobservância, pelo Estado, de algumas exigências indispensáveis ao cumprimento da pena privativa de liberdade”.

A grande verdade é que os governos nunca se preocuparam com a manutenção dos sistemas carcerários para que cumprissem com a finalidade para as quais foram construídos. Um dos principais indicadores de tal afirmação é o fato de que o orçamento destinado ao sistema penitenciário é insuficiente para suprir suas necessidades básicas do sistema prisional (GRECO, 2016).

Nesse panorama, o controle ineficiente por parte daqueles que deveriam fiscalizar o sistema penitenciário, acaba corroborando para a problemática. Assim, a corrupção, o desvio de verbas, a má administração dos recursos devem ser efetivamente fiscalizados por parte dos órgãos competentes, a fim de que a Lei de Execução Penal seja devidamente cumprida e os direitos mínimos dos presos sejam assegurados (GRECO, 2016).

A superlotação das penitenciárias é um mal que corrói o sistema punitivo como um todo. A adoção de um Direito Penal máximo, através da cultura do aprisionamento como resolução para os problemas sociais tem contribuído significativamente para esse fenômeno. Desde modo,

a superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometido pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional (GRECO, 2016, p. 166).

Igualmente, a deterioração física do ambiente prisional é agravada pela superpopulação carcerária. Assim, o confinamento no interior dos muros das prisões cria uma convivência forçada entre os reclusos, fazendo com que qualquer incidente, qualquer divergência entre eles assuma proporções insuportáveis, favorecendo outros problemas como a falta de ordem, violência, rebeliões, fugas e prática de abusos sexuais (KARAM, 2010).

O agigantamento do poder punitivo, a partir do final do século XX, trouxe consigo o desenfreado crescimento das prisões.

Nesse contexto Fernandes (2012, p. 373) afirma:

não fosse, outrossim, a promiscuidade absoluta o cartão de visitas dessas cadeias! Aliás, suas condições intrínsecas (onde a capacidade do espaço físico é absolutamente antípoda ao número de indivíduos nele recolhidos) são totalmente incompatíveis com os mais mezinhos aspectos de reeducação da pena. Apenas servem essas prisões, para que novos crimes sejam ali aprendidos [...]. (Grifos próprios).

Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em última pesquisa realizada em 2014, apontavam que a população prisional no Brasil, era de 711.463 presos, incluindo homens e mulheres, sendo que destes, 147.937 estavam em prisão domiciliar. O número de pessoas presas é alarmante quando

confrontado com o número de vagas existentes no sistema brasileiro durante o período, o qual corresponde a 357.219 vagas. Neste mesmo ano o Brasil se encontrava em quarto lugar no ranking dos dez países com maior população prisional, ficando atrás dos Estados Unidos, China e Rússia.

Atualmente, 34.190 pessoas se encontram recolhidas no Rio Grande do Sul, segundo os dados do Departamento de Segurança e Execução Penal, em pesquisa realizada em 27.05.2016.

A grande quantidade de crimes punidos com a privação da liberdade, bem como o uso indiscriminado da prisão cautelar, são formas de contribuição para a atual situação de superlotação do sistema carcerário, o qual representa um fator de risco não somente para os presos que cumprem suas penas em situação deprimente, mas também para os funcionários encarregados de sua vigilância, pois o sistema penitenciário se transforma em uma verdadeira bomba, prestes a explodir a qualquer momento (GRECO, 2016).

O ambiente promíscuo torna-se propício para a proliferação de doenças contagiosas como tuberculose, AIDS, doenças de pele, hepatite, entre outras doenças. A ausência de recursos mínimos para a manutenção da saúde dos presos, bem como a falta de profissionais especializados, conduzem a uma situação extremamente preocupante, visto que aliados ao problema da superlotação, configuram um risco a toda a sociedade (GRECO, 2016).

Outro problema comum dentro das penitenciárias é o consumo de drogas e utilização de objetos proibidos pelos presos, como armas, facas e aparelhos celulares, muitas vezes originados pela corrupção dos próprios agentes penitenciários que permitem esses tipos de irregularidades nos estabelecimentos prisionais (GRECO, 2016).

Greco (2016), em sua obra, afirma que os presos voltaram a ser extorquidos, sendo-lhes exigido todo o tipo de pagamento para que tivessem direito aquilo que, em tese, seria obrigação do Estado fornecer, a exemplo do que ocorria no século XVIII, quando os agentes penitenciários exploravam os presos, tendo em vista que não recebiam do Estado pelos serviços prestados. Desde o simples papel higiênico, até certos privilégios como a possibilidade de possuir televisores em suas celas, passou a ter um preço a ser cobrado dos apenados, o que denota o total despreparo e o desvio de conduta dos próprios funcionários públicos que exercem suas funções no sistema prisional.

Ademais, as condições ineficientes de trabalho geram a exploração dos reclusos ou o ócio completo dos mesmos, visto que não há a preocupação em qualificar os presos para o mercado de trabalho, ensinando-lhes um ofício, pois na maioria das vezes os trabalhos proporcionados são o artesanato e a costura, por exemplo, desnecessários no mercado formal.

Conforme o artigo 10 da Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. No entanto, a ausência de programas neste sentido, acumulado as péssimas condições de sobrevivência, faz com que o preso, aguarde ociosamente, o cumprimento de sua pena.

4.1 A ineficácia da pena privativa de liberdade frente ao seu caráter ressocializador

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, acreditou-se que poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições seria possível reabilitar o delinquente. No entanto, a realidade atual dos estabelecimentos prisionais impede qualquer intenção de reabilitação, além disso, produz efeitos negativos sobre os mesmos, estimulando-os a delinquir.

Para Antonio Garcia-Pablos y Molina (1988), citado por Bitencourt (2011, p. 162), “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula [...]”.

Outro aspecto que coloca em dúvida o objetivo ressocializador da prisão é o fato dela absorver totalmente a vida do recluso.

Neste sentido Bitencourt (2011, p. 167) afirma que

o isolamento da pessoa, excluindo-se da vida social normal – mesmo que seja internada em uma “jaula de ouro” -, é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento. (Grifos originais).

Segundo Moretto (2005, p. 137) “socializar é suscitar ou desenvolver relações sociais entre indivíduos”. Portanto entende-se que o significado do termo ressocializar é promover o desenvolvimento de relações sociais entre indivíduos que em algum período já o tiveram.

Acerca do individualismo profundo em que o condenado é submetido após a prisão, Fernandes (2012, p. 302) afirma que:

no começo do encarceramento, ele se apega as cartas dos familiares, [...]. Depois, o tempo atua negativamente sobre essa relação e a solidão se estabelece. Os parentes passam a espaçar suas visitas e cartas. A esposa ou amásia raramente permanece fiel ao presidiário: quanto maior a pena, mais ela se distancia dele. Restar-lhe-á a possibilidade de se relacionar com o pessoal de serviço na prisão, o que por razões óbvias, é pouco provável. [...] Então, ele persiste fechado em si mesmo, perde de vista a realidade do mundo exterior e fica sobremaneira receptível a todos os vícios.

Baseados nesta visão, muitos doutrinadores criticam o caráter ressocializador da pena de prisão, pois a retirada do homem da sociedade, de forma alguma é capaz de restabelecer socialização, partindo-se do pressuposto de que esse cidadão já foi considerado socializado.

Segundo Moretto (2005, p. 104) “uma vez inserido no sistema prisional, temos um sujeito sem cidadania, visto que lhe foram retirados todos os poderes políticos”.

Karam (2010) enfatiza, a esse propósito, que a ideia de ressocialização, a qual tem como objetivo principal evitar que o criminoso volte a cometer delitos, através de sua reeducação, é absolutamente incompatível com a segregação.

Nesse panorama, se torna impossível reintegrar uma pessoa a sociedade, afastando-a dela. Assim,

basta considerar que, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz com que esses indivíduos selecionados para cumprir o papel de “criminosos” se tornem mais desadaptados ao convívio social e conseqüentemente, mais aptos a praticar agressões e outras condutas socialmente negativas ou indesejáveis (KARAM, 2010, p. 23, grifos originais).

As prisões foram instituídas com a finalidade de proteger a sociedade contra aqueles que possam representar algum perigo, portanto, seu objetivo imediato não encontra fundamento no bem estar dos reclusos, mas sim a neutralização destes para que não pratiquem delitos. Nesse sentido, Rolim (2007, p. 7), aponta o efeito neutralizador da pena:

manter na cadeia a maior parte dos criminosos produziria o efeito positivo de reduzir os indicadores de criminalidade. Pela neutralização dos perpetradores, crimes que estariam sendo cometidos por eles - caso estivessem em liberdade – simplesmente deixariam de ocorrer.

A propósito, Moretto (2005) afirma que a improdução do cárcere tem como função programar a passividade, transformando-se em um elemento de insegurança do presente e uma incerteza quanto ao futuro, levando o encarcerado a sua autodestruição, a um processo de “coisificação”.

Cria-se uma profunda distinção entre dois mundos que apesar de permanecerem lado a lado, parecem estar muito distante, pois a sociedade e os reclusos perpetuam uma visão de preconceitos recíprocos. De um lado os presos e de outro a sociedade, totalmente estigmatizados, alimentando sentimentos antagônicos e dessa forma, a consequência é um grande obstáculo para a ressocialização dos presos, visto que as prisões levantam barreiras entre os internos e os submetem a um processo de desculturização.

A função do cárcere de ressocializar e reeducar o individuo não pode ser alcançada nos moldes atuais, eis que o sistema penitenciário brasileiro representa uma afronta ao Direito Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, pois mantém encarceradas pessoas condenadas por delitos graves juntamente com as que cometeram delitos menores, bem como reincidentes com delinquentes primários, presos provisórios com condenados definitivos, o que faz a prisão ser conhecida como uma universidade do crime (MORETTO, 2005).

Na lição de Greco (2016) essa mistura faz com que aquele que entrou pela primeira vez no sistema, ao sair, volte a delinquir por influencia dos presos que com ele conviveram durante certo período.

Contudo, é imprescindível acreditar na viabilidade de reforma ou emenda do delinvente. O criminoso deve ser entendido como um doente que pode ser recuperado e readaptado, principalmente os primários, passionais e ocasionais. Mesmo porque, a prisão não deve existir para estigmatizar e neuroplegiar ainda mais os o criminoso, mas recuperá-lo e devolvê-lo com total normalidade a vida social, atentando-se para o fato de que um hábito somente se aniquila com outro hábito contrário. Em suma, o processo de regeneração se resume na alteração constante de hábitos, isto é, na modificação de pautas vivenciais (FERNANDES, 2012).

Nesse íterim, compete ao Estado buscar a mudança do caráter do sentenciado com base na cultura, na moral e na religiosidade, concorrendo para que ele guarde sua dignidade e forme um novo ideal de vida, fundado na renovação de conceitos, normas e valores (FERNANDES, 2012).

4.2 A reincidência do egresso como consequência da ineficiência da ressocialização

A condição técnico-jurídica para que um criminoso seja considerado reincidente é a prática de um novo crime, pelo agente condenado, por crime anterior, desde que entre a nova infração e a data do cumprimento ou extinção da pena do crime pretérito transcorra o prazo de cinco anos ou menos (HERKENHOFF, 1998).

Para Bitencourt (2011) o alto índice de reincidência é um dos dados frequentemente indicados como de efetiva demonstração do fracasso da prisão, apesar da presunção de que durante a segregação os presos são submetidos a tratamento reabilitador.

A segregação cria um abismo entre os detentos e a sociedade; a revolta com o tratamento desumano, a superlotação e as péssimas condições de sobrevivência que os presos suportam, transforma a prisão numa instituição para a aprendizagem de novos crimes, o que resulta no elevado índice de reincidência existente no Brasil (BITENCOURT, 2011).

Embora não haja números oficiais, calcula-se que, no Brasil, em média, 90% dos ex-detentos que retornam à sociedade voltam a delinquir, e, conseqüentemente, acabam retornando à prisão.

O alto índice revela a crise latente do sistema prisional que, segundo Almeida (2012, p. 121), “não consegue atender aos fins da prevenção especial positiva devido à precária infraestrutura que possui e a função intrinsecamente contraditória de educar para a liberdade em condições de não liberdade”.

Conforme Fernandes (2012, p. 300):

a reincidência demonstra a marcante periculosidade de delinquentes que, sem qualquer constrangimento, entram, saem e tornam as prisões. Com efeito, por absoluta carência de qualquer sentimento de culpa ou arrependimento, certos criminosos recidivantes efetivamente representam sério perigo a sociedade quando em liberdade e mesmo quando enclausurados, eis que na prisão sempre procuram degenerar os demais.

Nesse sentido, a ausência de opções para os múltiplos tipos de tratamento penal, em atenção aos grupos de criminosos, sem a viabilidade de exames mais apurados de suas personalidades e de triagem adequada indica que a falta de personalização da pena é um dos fatores de reincidência, pelo desencontro que daí

decorre entre o tratamento recomendado e a pessoa do criminoso que recebe (FERNANDES, 2012).

Para melhor compreensão do fenômeno da reincidência foram desenvolvidas algumas teorias, das quais se destacam as teorias do estereótipo, da estigmatização e da rotulação, que apesar de semelhantes, reservam tênues distinções.

De acordo com Almeida (2012), aquele que possui um adjetivo repudiado pelos padrões sociais é desvalorizado pela coletividade, que o reduz a um estigma. Assim, dominado pelo sentimento de inferioridade, o então estigmatizado, a fim de ser aceito, irá se aliar a um subgrupo, onde geralmente, os membros são detentores da mesma característica.

Nesse sentido Fernandes (2012) afirma que em regra, a razão de recaída e de nova prática de conduta antissocial, incide na ausência de assistência pós-prisional, pois retornando ao convívio comunitário, o ex-presidiário se encontrará desambientado, marginalizado, sem meios econômicos de sobrevivência e aliciado por antigos parceiros de crimes.

Não bastassem as condições subumanas em que são tratados, os encarcerados ainda sofrem o problema da discriminação perante a sociedade, que não pergunta o motivo que os levou a estar em um estabelecimento penitenciário, mas sim, já os estigmatiza pelo fato de terem estado lá.

A teoria da rotulação, por sua vez, destina-se a analisar e explicar como um papel desviante se cria e se mantém na sociedade, a partir da imposição dos rótulos delitivos.

Nesse íterim Becker (2008), citado por Almeida (2012, p. 115) observa que:

tratar um pessoa como se ela não fosse, afinal mais do que um delinquente [...] põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a confirmar-se e a corresponder a imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado de harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência.

Por derradeiro, a teoria do estereótipo funciona como um mecanismo de seleção, possuindo uma atuação significativa no controle social, pois muitos indivíduos que cometeram crimes iguais ou, inclusive mais graves sequer são alcançados pelo sistema por não se enquadrarem no estereótipo de delinquente. Assim, observa-se que o sistema penal é marcado por uma seleção desigual que

geralmente alcança os sujeitos que compõe o estrato mais baixo da classe social (ALMEIDA, 2012).

Nesse sentido, em análise ao campo de atuação da aplicação da pena é possível observar que o sistema penal não se destina a punir todas as pessoas que praticam as condutas tipificadas como crimes. Para Karam (2010), o alcance do sistema pena é necessariamente reduzido. A excepcionalidade da atuação do sistema penal e sua incidência sobre os indivíduos mais vulneráveis, desprovidos de poder, constituem as regras que o sustentam.

Diante do exposto, restam nítidas as dificuldades de reinserção social do egresso, o qual após sofrer o processo degradante da pena, se depara com a repulsa de uma coletividade que o estigmatiza, restando a ele como principal alternativa reincidir na atividade criminosa (ALMEIDA, 2012).

A reincidência é o reflexo da insuficiência das medidas preventivas e repressivas utilizadas pelo Estado para combater a delinquência. Nesse contexto, é possível compreender que o excesso punitivo não possui o condão de diminuir os índices de criminalidade, mas sim de superlotar as penitenciárias e alimentar a violência, eis que a segregação contribui com a especialização do apenado no crime, reforçando a sua exclusão (ALMEIDA, 2012).

Dessa forma, a falência do sistema penal apontado como uma das causas da reincidência determinou a crise do poder punitivo, que busca a solução fora do cárcere, através de medidas alternativas, as quais serão analisadas a seguir. Inobstante, a prevenção da reincidência necessita de uma conjugação de esforços em sede de políticas públicas que visem repensar formas eficientes para que os índices da criminalidade sejam reduzidos. As penas devem ser eficazes, devem ressocializar de fato o indivíduo e mais do que isso, não se resolverão os problemas da criminalidade focando-se somente na repressão. Para Greco (2016, p. 229):

o sistema é falho com relação aqueles que, depois de condenados, procuram reintegrar-se a sociedade. Em muitas situações, aquele que praticou a infração penal foi criado em um ambiente promiscuo, ou extremamente miserável, não conseguindo exercer seus direitos básicos de cidadão, uma vez que não teve acesso a moradia, a saúde, a educação, ao lazer, a cultura, a alimentação, enfim direitos mínimos, inerentes a todos o ser humano.

Desse modo, a crise do sistema penitenciário brasileiro demanda investimentos financeiros muito altos, além da efetiva vontade política, pois a

questão da criminalidade não se restringe apenas a área da segurança pública, trata-se, fundamentalmente, do resultado do atual estado que se encontram as políticas sociais no Brasil.

Além disso, mostra-se necessária a realização de um trabalho visando à pessoa do egresso, para a minimização dos efeitos degradantes por ele sofridos durante o cárcere e se facilite o seu retorno ao convívio social. Segundo Reale (1983, p. 88), “a maneira de a sociedade se defender da reincidência é acolher o condenado, não mais como autor de um delito, mas na sua condição inafastável de pessoa humana”.

4.3 Penas e medidas alternativas à prisão

Historicamente, apura-se que a pena de prisão não serve para outra finalidade, senão a mera segregação. Desde muito tempo, o que se denota são tentativas de explicar as razões de punir os criminosos, mas, a razão da punição é única: pune-se para manter o controle social, o qual é função estatal fundamental à proteção da própria sociedade.

No século XX houve a consolidação do sistema punitivo. Todavia, a legislação dos anos 90 no Brasil ampliou as hipóteses de crimes e endureceu a execução das penas, aumentando o índice de encarceramento (CARVALHO, 2010).

Ao longo dos anos, o número de presos cresceu assustadoramente, enquanto o número de vagas oferecidas pelos presídios permaneceu o mesmo, resultando na crise das instituições punitivas.

Por muito tempo a pena privativa de liberdade foi considerada como um mal necessário.

Nesse contexto, Foucault (2004, p. 196) afirma:

e, se em pouco mais de um século o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. (Grifos originais).

Diante desse diagnóstico perceptivo, é possível afirmar que para diminuir o índice de aprisionamento no Brasil exigia-se uma mudança geral no quadro do sistema punitivo.

Nesse ínterim, aprovou-se a Lei 9099/95, denominada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que introduziu no sistema jurídico brasileiro avançadas propostas despenalizadoras, concretizadas nos institutos da composição civil extintiva da punibilidade, transação penal, suspensão condicional do processo e exigência de representação nas lesões corporais culposas e dolosas (GOMES, 2000).

Logo após, em 1996, houve a alteração do artigo 43 e seguintes do Código Penal, visando à ampliação das penas alternativas, visto que a prisão não vinha cumprindo com o objetivo de reintegrar o condenado ao convívio social. Acreditava-se, ainda, que a prisão deveria ser reservada somente para os condenados por crimes graves, cuja periculosidade presumia a necessidade de isolamento do convívio social (GOMES, 2000).

Gomes, em sua obra (2000, p. 98), afirma que tais mudanças tinham como objetivo:

diminuir a superlotação dos presídios, mas sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena, reduzir os custos do sistema penitenciário, favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização, reduzir a reincidência e, sempre que possível, preservando os interesses da vítima.

As medidas alternativas a pena privativa de liberdade, incorporadas pela lei brasileira, mais precisamente pelo Código Penal, são penas executadas sem retirar a liberdade do indivíduo, de modo descontínuo e apenas substituindo àquelas.

Nesse sentido, Marcão afirma que (2010, p. 261) “são alternativas as medidas que não envolvam a perda ou a restrição da liberdade de locomoção, entre as quais se inserem as penas restritivas de direitos”.

É vedada ao juiz a imposição de qualquer pena alternativa à prisão sem que tenha expressa previsão legal. Desse modo, o juiz deve se restringir somente às penas restritivas de direitos que estão previstas nos incisos do artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
I - prestação pecuniária;
II - perda de bens e valores;
III - limitação de fim de semana.
IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
V - interdição temporária de direitos;
VI - limitação de fim de semana.

Fala-se ainda na aplicação da pena inominada, a qual está prevista no artigo 45 do Código Penal. Neste caso, quando há aceitação do beneficiário, a pena pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza.

Para a aplicação das medidas alternativas se faz necessária à presença de alguns requisitos objetivos e subjetivos, bem como a observação da proporcionalidade, destinando-se apenas aos condenados que praticarem crimes com pena privativa de liberdade de até (04) quatro anos, excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena, quando se tratar de crime culposo. Cabe salientar que o réu reincidente em crime doloso não faz jus à substituição, tampouco quando sua culpabilidade, antecedentes, conduta ou personalidade não o recomendarem (GOMES, 2011).

Quanto às hipóteses de cabimento dispõe o artigo 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Cabe salientar que as penas restritivas são autônomas e substitutivas, ou seja, não podem ser aplicadas cumulativamente com a pena de prisão (GOMES, 2000).

Reconhecidas na sentença as condições favoráveis do artigo 59 do Código Penal, cabe ao juiz quantificar a pena privativa de liberdade nos termos do artigo 68 do mesmo diploma legal. Somente após esta etapa, o juiz irá verificar a possibilidade de substituição da prisão por pena alternativa (GOMES, 2000).

Quanto às formas de substituição, observa-se o disposto no artigo 44, §2º, do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Contudo, é possível a conversão das penas restritivas de direito quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta ou quando sobrevier

condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime. Nestes casos a condenação deve retornar ao estado anterior, nos termos do artigo 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal.

A transação penal, por sua vez, tem o objetivo de evitar que seja instaurada ação penal contra os supostos autores de fatos delituosos de menor potencial ofensivo, ou seja, contravenções penais ou crimes que não possuam pena máxima maior que dois anos. Desta forma, antes de ser oferecida uma queixa-crime ou denúncia, é garantida ao suspeito a oportunidade de ser aplicada imediatamente uma pena alternativa.

Cabe ressaltar que uma vez aceita a transação penal, o beneficiário não poderá desfrutar novamente desse instituto pelo prazo de cinco anos.

Portanto, a transação penal tem a finalidade de simplificar o processo; fazer com que a justiça criminal seja mais rápida; evitar que o suposto infrator enfrente um processo criminal que poderá culminar com uma condenação, com todas as consequências negativas que uma condenação pode trazer ao indivíduo.

Por derradeiro, outra forma alternativa a pena de é a suspensão condicional da pena, mais conhecida como sursis.

Para Marcão (2010) o sursis consiste em um instituto de política criminal que é voltado a afastar do cárcere o criminoso que tenham praticado ilícitos de menor gravidade.

Nesse mesmo entendimento, Bruno (1976) citado por Bitencourt (2011, p. 237) afirma que:

“a suspensão condicional da pena é o ato pelo qual o juiz, condenando o delinquente primário, não perigoso, a pena detentiva de curta duração, suspende a execução da mesma, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.” (Grifos originais).

Os pressupostos objetivos imprescindíveis para a aplicação da suspensão condicional da pena dizem respeito à natureza e a quantidade da pena, previstos no artigo 77 caput do Código Penal e os requisitos subjetivos estão previstos no artigo 77, incisos I e II do Código Penal, assim dispostos:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

Existem quatro espécies de suspensão condicional, são eles:

- a) Sursis simples - sua aplicação, em geral, ocorre quando há aplicação de pena a partir de 01 (um) ano até 02 (dois) anos, nos termos do artigo 77 do Código Penal. Nessa modalidade, Bitencourt (2011, p. 253) afirma que “o condenado fica sujeito ao cumprimento de prestação de serviços a comunidade ou limitação de fim de semana, como condição legal obrigatória no primeiro ano de prazo”.
- b) Sursis especial – essa espécie será concedida, excepcionalmente, para o condenado que, além de apresentar os requisitos gerais exigidos para o sursis simples, preencher dois requisitos especiais, quais sejam, haver reparado o dano, salvo impossibilitado de fazê-lo, e se as condições do artigo 59 do Código Penal lhe forem inteiramente favoráveis, conforme o disposto no artigo 78, §2º, do Código Penal. Neste caso, o condenado fica dispensado do cumprimento das penas restritivas de direitos no primeiro ano de período de provas, sendo submetido as condições de não frequentar determinados lugares, não ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (BITENCOURT, 2011).
- c) Sursis etário – é aplicado aos condenados a penas de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que possuam mais de 70 anos de idade na data de condenação. Em decorrência do limite de pena diferenciado, o período de prova é de quatro a seis anos (BITENCOURT, 2011).
- d) Sursis humanitário ou por motivo de saúde – segue os mesmos parâmetros do sursis etário e é cabível quando razões de saúde justificarem, estando ambos previstos no artigo 77, §2º, do Código Penal (MARCÃO, 2010).

Quanto à possibilidade de execução da suspensão condicional da pena, Marcão (2010, p. 275) afirma:

nos precisos termos do art. 156 da Lei de Execução Penal, o juiz poderá suspender, pelo período de dois a quatro anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, na forma prevista nos arts. 77 a 82 do Código Penal, hipótese em que especificará as condições a que ficará o sujeito condenado pelo prazo do período de prova, que começará a correr a partir da data da audiência admonitória prevista no art. 160 da Lei de Execução Penal.

A audiência admonitória é a solenidade de advertência das condições impostas, as quais necessitam da concordância do beneficiário, que ficará sujeito as consequências no caso de eventual descumprimento (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011, p. 256) “o sentenciado pode recusar a concessão do sursis e submeter-se ao cumprimento da pena”.

Por período de prova, entende-se o lapso temporal em que o beneficiário tem a execução da pena suspensa. Durante esse período, o cumprimento das condições da suspensão condicional do processo é fiscalizado pelo serviço social penitenciário, patronatos, conselhos da comunidade ou instituições beneficiados com a prestação de serviços. Essas entidades serão inspecionadas pelo Ministério Público e pelo Conselho Penitenciário, sendo que eventuais problemas serão sanados por ato do juiz de execução (BITENCOURT, 2011).

As causas de revogação da suspensão condicional do processo são divididas em duas modalidades: obrigatórias e facultativas, sendo que as obrigatórias estão previstas no artigo 81, do Código Penal brasileiro e as facultativas no § 1º do referido artigo:

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:
 I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;
 II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;
 III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código.
 § 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Segundo Marcão (2010, p. 281) “se o executado praticar nova infração penal no curso do sursis considera-se prorrogado automaticamente o período de prova do benefício”.

As hipóteses de prorrogação do período de prova estão previstas no artigo 81, §§ 2º e 3º, do Código Penal:

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário [...]
 § 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.
 § 3º - Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

Conforme Marcão (2010, p. 286) “expirado o prazo do sursis sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade, nos termos que dispõe o art. 82 do Código Penal”.

As medidas substitutivas ainda não conseguiram se efetivar no Brasil como alternativa à segregação carcerária. Pelo contrário, resultaram em apenas mais uma forma de controle Estado, como um novo tipo penal em meio aberto.

Para Karam (2010, p. 25),

desde o final do século XX, as penas “alternativas”, as penas “negociadas”, as medidas ditas “despenalizadoras”, os dispositivos legais desencarceradores”, as variadas modalidades de “supervisão correicional” globalmente crescem em ritmo equivalente ao do inédito crescimento da prisão. (Grifos originais)

Segundo Gomes (2000), assegurar às penas substitutivas um caráter de efetiva alternativa à pena de prisão, e ainda, uma forma de suavizar a desumanidade do atual sistema prisional, é preciso combinar uma série de ações, pois isoladamente não significam a solução para o grave problema carcerário.

Nesse sentido, o autor (2000, p. 97) afirma que:

todo nosso esforço em favor dessas alternativas a prisão é indiscutivelmente válido, em razão do seu sentido ético-humanitário e econômico, mas não é tudo, porque na verdade o melhor mesmo é prevenir o delito com programas sérios tanto em nível primário (ir as causas mais profundas, as raízes do crime), secundário (criação de obstáculos aos delitos), como terciário (recuperação do delinquente, visando a sua não reincidência). (Grifos originais).

A criação de medidas alternativas a pena de prisão deve ser vista como importante instrumento de desencarceramento, sendo que sua utilização com certeza traz mais vantagens do que qualquer forma de segregação. Todavia é necessário que as alternativas à prisão se caracterizem na possibilidade real de minimizar os danos do encarceramento, ou seja, sejam efetivamente alternativas, e não sistemas adicionais ao modelo carcerário.

Se o objetivo do Estado é uma atuação menos penalista e mais social, deve haver uma política séria e uma constante de mudança de paradigmas relativos ao sistema criminal brasileiro e nesta política incluem-se projetos claros para garantir a qualidade das instituições punitivas quando a prisão for a única medida a ser aplicada, a efetividade de outros tipos de pena que não seja a de prisão e a assistência ao egresso

5 CONCLUSÃO

Preliminarmente, cabe destacar que não foram exauridos todos os assuntos que abrangem o tema em questão, contudo a presente pesquisa monográfica buscou apontar as inúmeras falhas do sistema penitenciário brasileiro e demonstrar, por meio da análise do instituto da reincidência, a ineficácia do caráter ressocializador da pena privativa de liberdade.

Para tanto, iniciou-se com a conceituação e análise da evolução histórica das penas e dos principais sistemas penitenciários existentes, a fim de compreender as suas origens, bem como a influência destes sistemas no atual cenário das penitenciárias brasileiras, que necessitaram passar por diversas transformações ao longo dos tempos.

Nesta senda, restou demonstrado que desde a Antiguidade até o dias atuais, são criadas novas teorias, normas e princípios, no intuito de reformar o Direito Penal, porém todas sem êxito em sua totalidade.

Considerando que a Lei de Execução Penal expressa, em seu artigo 1º, o desígnio de executar a pena privativa de liberdade e, ao mesmo tempo, fornecer condições eficazes à reinserção dos presos na sociedade de forma eficaz e de modo a prevenir a ocorrência de novos crimes, pode-se dizer que a referida lei não consegue cumprir com seus principais princípios. Isto porque a pena de prisão não vem produzindo os resultados almejados, estando em período de crise, aproximando-se, então, da total falência do sistema punitivo brasileiro.

Ademais, os estabelecimentos carcerários do nosso país não apresentam condições mínimas para a realização do trabalho de ressocialização dos presos, visto que se tornaram falhos e ineficazes, diante do problema de superlotação, que atrelado a outros fatores, tornam o sistema prisional em um ambiente propício a ocorrência de rebeliões, motins e fugas, que vem, diariamente, sendo demonstrado de forma pública através de notícias advindas dos meios de comunicação.

A comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou eficaz para ressocializar o condenado encontra-se nos elevados índices de reincidência, demonstrando que esta realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional, aliadas ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade.

Assim, compreende-se que o aumento das infrações ou a continuidade delitiva do agente criminoso se dá especialmente pela falta de um sistema carcerário melhor estruturado, de modo que se obtenha uma política carcerária que garanta a reestruturação do preso em todos os sentidos. Nesse contexto, é possível afirmar que a educação moral e a profissionalização são instrumentos fundamentais para possibilitar o reingresso do apenado no mercado de trabalho e, conseqüentemente, ao convívio social. Para tanto, seria necessário o respeito aos princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, para que seja oferecido ao encarcerado o mínimo de condições de vivência dentro das unidades carcerárias.

Igualmente, é indiscutível a necessidade de humanizar as penas em busca de atender efetivamente seu fim ressocializador e proporcionar melhores condições aos apenados, visto que a pena privativa de liberdade executada nos moldes atuais possui apenas a finalidade de neutralizar o agente criminoso, retirando a sua liberdade a fim de afastá-lo da sociedade para não pratique novos delitos e coloque em risco a segurança pública.

Inobstante, não se defende a extinção da pena privativa de liberdade, pois como afirmam diversos autores, a prisão é um mal necessário e, apesar de suas deficiências não há o que se colocar em seu lugar, pois embora as inúmeras propostas de melhora, através da criação de medidas despenalizadoras e ampliação das penas alternativas à prisão, entende-se que nenhuma das hipóteses foi suficiente para reduzir o índice de criminalidade e de reincidência.

Conclui-se, portanto, que a atual crise do sistema ocorre especialmente pela falta de recursos econômicos, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais, que são superlotados, demandam um custo elevado que o Estado não consegue suprir. Imperioso, portanto que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e seja determinada a adoção de providências no tratamento da questão prisional do país. Cumpre ressaltar, que ao lado da melhoria das condições carcerárias, é imprescindível um trabalho intenso do governo em promover melhorias sociais, proporcionando educação, saúde e trabalho a população, eis que grande parte da criminalidade é gerada pela pobreza, pela desestruturação familiar, pelas drogas, pelo desemprego, entre outros fatores. Assim, não adianta promover a construção e melhoria de presídios, sem o combate ao motivo que dá origem a aplicação da pena privativa de liberdade, qual seja a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. *Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas*. Curitiba: Juruá, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 maio. 2016.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 07 maio. 2016.

CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº 45, v.12, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, R.M.C. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 146-171.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

DOTTI, Ariel René. Casos criminais célebres. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. *Crime: tratamento sem prisão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: MATTOS, Virgílio. *Desconstrução das práticas punitivas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010. p. 11-26.

MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

REALE, Júnior Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/marcosrolim/rolim_prisao_e_ideologia.pdf> . Acesso em: 20 mai. 2016

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Pena de morte e o sistema de penas do Brasil*. Ed. Pradense, 2012.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.